



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
(FAJS)
Curso de Direito

KAMILLA LEITE DE CASTRO TOMAZ DA SILVA

***A responsabilidade civil do médico: Análise da
responsabilidade civil do cirurgião plástico com base na
caracterização de sua obrigação como de meio ou de
resultado***

BRASÍLIA

2013

KAMILLA LEITE DE CASTRO TOMAZ DA SILVA

***A responsabilidade civil do médico: Análise da
responsabilidade civil do cirurgião plástico com base na
caracterização de sua obrigação como de meio ou de
resultado***

**Projeto de pesquisa apresentado
como requisito obrigatório para a
obtenção do grau de bacharelado
em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília –
UniCEUB.**

**Orientador: Prof. Einstein Lincoln
Borges Taquary.**

BRASÍLIA

2013

KAMILLA LEITE DE CASTRO TOMAZ DA SILVA

***A responsabilidade civil do médico: Análise da
responsabilidade civil do cirurgião plástico com base na
caracterização de sua obrigação como de meio ou de
resultado***

**Projeto de pesquisa apresentado como
requisito obrigatório para a obtenção
do grau de bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.**

**Orientador: Prof. Einstein Lincoln
Borges Taquary**

Banca Examinadora

**Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary
Orientador**

Examinador(a)

Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela realização do presente trabalho e pelo apoio que tive de meus familiares e amigos durante a realização do mesmo.

Dedico este trabalho a minha mãe, Maria do Rosário, por ter estado sempre presente e minha vida acadêmica e ter me apoiado quando tudo parecia difícil.

Agradeço também ao professor Einsten Lincoln Borges Taquary pela orientação e por ter-se mostrado sempre disposto a me ajudar na realização deste trabalho.

RESUMO

A popularização das cirurgias plásticas fez aumentar o número de demandas em face de médicos e hospitais quando pacientes não se sentem satisfeitos com o resultado da cirurgia. Necessário se faz, assim, o estudo da responsabilidade civil destes profissionais, bem como dos desdobramentos que esse tipo de cirurgia pode apresentar. O objetivo, então, será, a partir da caracterização da obrigação do cirurgião plástico em cirurgias plásticas estéticas como de resultado, expor as consequências jurídicas disso e demonstrar a legitimidade do paciente para ajuizar ação indenizatória em face do médico cirurgião plástico quando não se sentir satisfeito com o resultado da cirurgia.

Palavras-chave:

Responsabilidade civil. Indenização. Obrigação de meio e obrigação de resultado. Dano estético. Dano moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 CONCEITO	9
1.2 CLASSIFICAÇÕES	9
1.2.1 Responsabilidade penal e responsabilidade civil	9
1.2.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva	12
1.2.3 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	14
1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.3.1 Ação ou omissão	15
1.3.2 Dolo e culpa	16
1.3.3 Nexo causal	16
1.3.4 Dano	17
1.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	17
1.4.1 Estado de necessidade	17
1.4.2 Legítima defesa	18
1.4.3 Estrito cumprimento do dever legal	19
1.4.4 Exercício regular de direito	19
1.4.5 Caso fortuito	19
1.4.6 Força maior	20
1.4.7 Culpa exclusiva da vítima	21
1.4.8 Fato de terceiro	21
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	23
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	23
2.2 RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE	26
2.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO	27
2.4 DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO	29
2.5 EQUIPE MÉDICA E HOSPITAL	34
2.6 ÔNUS DA PROVA	36
3 CIRURGIA PLÁSTICA	38
3.1 CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA	38
3.2 CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA	39
3.3 DANO ESTÉTICO E DANO MORAL	41
3.4 VALORAÇÃO DO DANO ESTÉTICO	44
4 ESTUDO DE CASO	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo expor a divergência de opiniões sobre a responsabilidade civil do médico e sua caracterização como obrigação de meio ou de resultado quando se trata de cirurgia plástica estética.

Trata-se, em verdade, de um estudo acerca da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no que se refere ao resultado da cirurgia realizada por ele e a satisfação ou não das expectativas do paciente.

Em linhas gerais, este trabalho tem como escopo esclarecer porquê a doutrina majoritária e o Superior Tribunal de Justiça vem considerando a obrigação do cirurgião plástico em cirurgias estéticas como obrigação de resultado, elencando as consequências jurídicas de tal consideração.

A problemática deste estudo acadêmico está em pesquisar porquê, quando se trata de cirurgia plástica estética, diferentemente do que ocorre nos demais tipos de cirurgia, a obrigação do médico é tida como de resultado, e não de meio; como ficará o ônus probatório; de que modo é imputada a responsabilidade aos demais integrantes da equipe médica; e, finalmente, demonstrar a diferença entre dano estético e dano moral, relacionando estes à atividade médica.

O presente trabalho foi realizado com base na leitura de diversos livros que tratam da responsabilidade civil em geral e, especificamente, da responsabilidade civil do médico, da atividade médica, do direito médico. Além disso, foram feitas pesquisas de jurisprudência, de modo a compreender qual o entendimento dominante e o porquê de tal posicionamento.

Para a análise desses aspectos, o trabalho será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo, de forma geral, abordará a conceituação e a caracterização da responsabilidade civil, trazendo classificações, pressupostos e excludentes.

Por sua vez, o segundo capítulo trata, especificamente, da responsabilidade civil do médico, discorrendo sobre a evolução histórica, a relação

entre médico e paciente, a caracterização das obrigações como de meio ou de resultado, os deveres do médico, fazendo também uma abordagem sobre a equipe médica e o hospital e a distribuição do ônus da prova.

No terceiro capítulo, foi conceituada a cirurgia plástica, elencando as diferenças entre a cirurgia plástica estética e a reparadora, fazendo, ainda, uma diferenciação entre dano estético e dano moral, e finalizando com uma abordagem sobre a valoração do dano estético.

Por fim, o capítulo quarto trará o estudo de um caso concreto relacionado à caracterização da obrigação do médico cirurgião plástico como de resultado, e as consequências jurídicas de tal entendimento, de modo a exemplificar toda a problemática abordada no presente trabalho.

1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade impõe regras de conduta a serem observadas por todos. Para que sejam efetivamente cumpridas, essas regras de conduta são consolidadas em leis.¹

“O descumprimento das normas estabelecidas acarreta sanção penal (interesse público), ou reposição material (interesse privado), ou ambas. Essa relação de direito/dever denomina-se de responsabilidade [...]”.²

Assim, a responsabilidade civil surge na sociedade como forma de impor a quem descumprir as normas estabelecidas, o dever de reparar um dano eventualmente causado e, simultaneamente, o direito de alguém a ser ressarcido pelos danos sofridos.

1.1 CONCEITO

Inicialmente, cumpre conceituar a responsabilidade civil, que consiste na obrigação de uma pessoa a reparar o prejuízo que causou a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dependam dela.³ Seu regramento está no Título IX, Capítulo I do Código Civil.

O campo de estudo da teoria da responsabilidade é o de saber se o prejuízo causado à vítima deve ou não ser reparado pelo causador desse prejuízo, e de que maneira será feita essa reparação.⁴

1.2 CLASSIFICAÇÕES

1.2.1 Responsabilidade penal e responsabilidade civil

Com relação à responsabilidade penal, tem-se que, tratando-se de crime, se um delinquente viola uma norma de direito público e esse comportamento

¹ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

² SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

perturba a ordem social, a reação da sociedade é a imposição da pena, sem se importar em saber se existiu ou não um prejuízo à vítima.⁵

Em se tratando de ilícito civil, o interesse lesado é o interesse privado. O dano foi causado a alguma pessoa e então, existe o dever de repará-lo. Nesse caso, a consequência será a indenização exigida pela vítima ao causador do dano. No entanto, se a vítima preferir não fazer nada, não haverá nenhuma consequência para o causador do dano.⁶

Pode ocorrer de um ato ilícito repercutir em ambas as ordens: civil e penal. Isso ocorre quando o sujeito infringe uma norma de direito público (pratica um crime ou contravenção) e causa prejuízo a alguém. Nesse caso, além da pena, haverá o pedido de indenização feito por quem sofreu o dano. Seria o caso do homicídio, em que ao assassino será imputada uma pena e, ainda assim, existirá a obrigação de indenizar a família da vítima que era sustentada pelo falecido.⁷

Em relação ao Código Penal e a atividade médica, temos que, se não houver conduta dolosa ou culposa por parte do médico, não haverá tipicidade, e assim, um erro comum não geraria a responsabilização criminal do profissional.⁸ Já na responsabilidade civil, o elemento culpa pode ser dispensado.⁹

Fazendo uma análise da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, dispõe o artigo 935 do Código Civil que são independentes e que, no entanto, a coisa julgada na esfera penal faz coisa julgada na esfera cível, já que não se pode questionar a existência de fato ou autoria quando tais questões já houverem sido decididas no juízo criminal.¹⁰

⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 07.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 07.

⁸ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 221.

⁹ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹⁰ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 223.

O que se tem é que, enquanto a responsabilidade civil decorre de algum ato ilícito civil, a responsabilidade penal decorre de um fato reprovável, cuja lei estabelece uma sanção.¹¹

O ponto em comum entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é o fato de que ambas pressupõe um ato ilícito, que terá como consequência uma sanção de natureza ressarcitória ou punitiva.¹²

Há duas teorias que tratam da culpa nas responsabilidades civil e penal. Para a teoria unitária, a culpa civil e a culpa penal são consideradas iguais. Já a teoria dualista considera a existência de uma dualidade entre culpa penal e culpa civil. Assim, como a palavra culpa é utilizada tanto no Código Civil quanto no Código Penal, há divergência sobre a natureza dessas culpas.¹³

Para os que afirmam que a culpa no Código Civil é a mesma culpa do Código penal, não existe diferença pelo fato de que ambos os Códigos tratam a culpa envolvendo imperícia, imprudência e negligência. No mesmo sentido, acreditam que se tratassem a culpa de forma diferente em cada Código, haveria decisões contraditórias no direito penal e no direito civil.¹⁴

Em contrapartida, a maioria dos autores seguem a teoria da dualidade de culpas e observam que a culpa no direito civil vem desaparecendo cada vez mais, de modo que o dano seja reparado à qualquer custo, havendo ou não culpa (responsabilidade objetiva). Além disso, enquanto no direito civil tem-se essa presunção de culpa, no direito penal tem-se a presunção de inocência. Para esses autores, o argumento dos que seguem a teoria unitária de que haveria um conflito de decisões nas esferas penal e cível não deve prosperar, uma vez que há independência entre as jurisdições.¹⁵

¹¹ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹² NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹³ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

¹⁴ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

¹⁵ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

1.2.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

Não se trata de uma distinção entre espécies de responsabilidade. São apenas diferentes formas de se analisar a obrigação de reparação do dano.

“Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa, e objetiva quando baseada na teoria do risco”.¹⁶

Na concepção tradicional, só é configurada a responsabilidade do causador do dano se ele agiu de forma dolosa ou culposa. Assim, é imprescindível a comprovação da culpa do agente para que se tenha o dever de indenizar. A responsabilidade é subjetiva quando depende do comportamento do sujeito. Essa é a regra do atual Código Civil: “a responsabilidade civil surgirá a partir da constatação de culpa, atingindo a todos que de uma maneira ou outra tenham contribuído para o aparecimento de um prejuízo – um dano – para outrem”.¹⁷

Em se tratando de responsabilidade objetiva, tem menor importância a atitude culposa ou dolosa do agente. Isso porque, existindo nexo de causalidade entre o dano causado à vítima e o ato praticado pelo agente, haverá o dever de indenizar. Ou seja, agindo ou não culposamente, existe o dever de indenizar.¹⁸

Apenas em determinadas questões o Código Civil adota a responsabilidade sem culpa, o que também ocorre em legislações extravagantes, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor que adota a responsabilidade objetiva dos fornecedores.¹⁹

Assim, a teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa, tem como elemento caracterizador a existência de culpa, além dos elementos básicos da responsabilidade civil. É o caso do agente que deseja causar o dano ou, pelo menos, assume o risco de vir a causa-lo, e aí temos o elemento dolo, ou é o caso do agente que age com imperícia (insuficiência de conhecimentos técnicos), imprudência (falta de cautela) ou negligência (omissão), e aí temos o elemento culpa

¹⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

¹⁷ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 47.

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

¹⁹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 47-48.

em sentido estrito. Já a teoria da responsabilidade objetiva é aquela atrelada à teoria do risco:²⁰

“A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele”.²¹

Com relação à responsabilidade civil do médico, esta é analisada sob a ótica da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a análise de culpa. Dessa forma, para que um médico venha a ser responsabilizado por algo, o paciente precisa ter sofrido um dano material ou imaterial quando atendido pelo médico. No entanto, como foi dito, o dano não é suficiente para a caracterização da responsabilidade. É preciso que se demonstre o nexo causal, para aí sim surgir a obrigação do médico de indenizar seu paciente por danos sofridos. Além disso, precisa-se demonstrar o elemento culpa, já que se trata de responsabilidade subjetiva, e o que vem sendo aceito pela jurisprudência é que, apesar de tratar-se de um contrato entre o médico e o paciente, o paciente é quem deve provar a existência de culpa do médico. Ou seja, não há a presunção de culpa do médico, apesar de haver um contrato.²²

Em sentido contrário, existem algumas situações que acabam por descaracterizar a culpa do médico: caso fortuito (fato intrínseco ao paciente e imprevisível), força maior (fato também imprevisível mas extrínseco à relação entre médico e paciente), culpa de terceiros e culpa exclusiva do paciente. E aí, havendo concorrência de culpa entre médico e paciente, o médico responderá proporcionalmente ao grau de sua culpa pelo dano causado ao paciente. Já no caso de culpa exclusiva do paciente ou culpa de terceiros, não há que se falar em

²⁰ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 48-49.

²¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

²² SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 52-53.

responsabilidade do médico, pois não se trata de autoria dele e não se pode responder por atos culposos de terceiros.²³

1.2.3 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

No caso da responsabilidade contratual, existe entre as partes um vínculo jurídico derivado da convenção. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana, não existe nenhuma relação jurídica entre a vítima e o causador do dano, até que o ato do agente causador do dano gere sua obrigação de indenizar.²⁴

Costuma-se achar que a responsabilidade contratual e a aquiliana são da mesma natureza, e assim, não há motivo para discipliná-las separadamente. O que se tem é que, em ambas, vários pressupostos são comuns: se faz necessária a existência do dano, a culpa do agente causador do dano e o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima ou contratante.²⁵

Exemplo de responsabilidade extracontratual é o caso em que o agente atropela uma pessoa e esta perde o braço. O agente então deverá indenizá-la, de modo a reparar o dano sofrido. Essa indenização consistirá no pagamento das despesas hospitalares e no dever de fornecer pensão pelo fato de ter sido diminuída a capacidade de trabalho da vítima. Observe que a indenização aqui não é a devolução do braço, mas sim a soma de tudo que tenha sido o prejuízo causado à vítima, para ser paga em dinheiro.²⁶

Na responsabilidade contratual, se o credor da prestação demonstra o descumprimento da obrigação, o ônus da prova passa a ser do devedor inadimplente, que terá que provar não ter havido culpa de sua parte, ou ter sido caso de força maior ou excludente de responsabilidade. Já no caso de responsabilidade aquiliana, o ônus da prova é da vítima, e não do agente causador do dano.²⁷

²³ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 56.

²⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 09.

²⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

O próprio Código Civil separa a responsabilidade contratual da responsabilidade aquiliana, tratando destas em artigos distintos.

Entre médico e paciente, observa-se um caráter negocial e contratual, em que ambos buscam objetivos comuns, ou seja, apesar de ser um contrato atípico, estamos diante de responsabilidade contratual, tendo em vista tratar-se de um contrato de cunho civil, *intuitu personae*, comutativo, bilateral, aleatório e gratuito ou oneroso. Diz-se tratar-se de um contrato atípico porque é realizado em situações informais, como marcação de consulta, contato pessoal ou telefonema, por exemplo.²⁸

1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.3.1 Ação ou omissão

Inicialmente, os pressupostos da responsabilidade civil são a ação, que é o agir positivo, ou a omissão, que é o agir negativo, mas também gerou consequências.

O agente pode ser responsabilizado por ato próprio, de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade e por dano causado por coisas que estejam sob sua guarda. É muito claro que, se alguém pratica um ato e infringe dever legal ou social, prejudicando um terceiro, haverá o dever de reparar esse prejuízo.²⁹

A responsabilização por ato praticado por terceiro é o caso típico do pai que responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia. O mesmo ocorre quando o empregado causa um dano a alguém e aí o patrão responderá. Com essa responsabilidade solidária entre o empregado e o patrão, a vítima pode buscar a indenização de um ou de outro.³⁰ Esse tipo de responsabilidade por atos praticados por terceiros pode ir além da responsabilidade aquiliana (extracontratual), se apresentando nas relações contratuais, como por exemplo, no caso dos hoteleiros que estão guardando a bagagem dos hóspedes e

²⁸ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 57-59.

²⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

³⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

responderão por furtos e roubos cometidos por terceiros que tiverem acesso ao estabelecimento.³¹

1.3.2 Dolo e culpa

Com relação aos elementos dolo e culpa como pressupostos da responsabilidade civil, tem-se que existe o dolo quando o agente buscou aquele resultado danoso. Ou seja, ele queria causar o dano e agiu de modo a causá-lo. Já no caso da culpa, o agente não buscava causar um prejuízo a alguém, mas por imprudência, imperícia ou negligência, acabou causando.³²

Inicialmente, para obter a indenização, a vítima precisará comprovar a culpa do agente causador do dano. Ocorre que, às vezes provar isso é tão difícil que se torna impossível ser indenizado. Exigir a prova da culpa do agente do dano causa muita dificuldade à vítima. Por isso existe o recurso a muitos procedimentos para que se atenuem os ônus probatórios, até a adoção da teoria do risco ou da adoção da responsabilidade objetiva.³³

Foi dito que o Código Civil tem como regra básica a existência da culpa para que a obrigação de reparar exista. No entanto, em algumas situações, admite-se a imputação da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), ou de culpa presumida.³⁴

1.3.3 Nexo causal

Não basta apenas demonstrar a ação ou omissão culposa do agente causador do dano para ser indenizado. Se faz necessário outro pressuposto da responsabilidade civil, qual seja, o nexo causal, que é a vinculação entre a ação ou omissão e o dano.³⁵

³¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

³² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

³³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

³⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

1.3.4 Dano

Por fim, o dano aparece como pressuposto da responsabilidade civil, visto que o ato ilícito só tem repercussão no direito civil se causar prejuízo a alguém.³⁶

O dano é aquele efeito negativo e prejudicial que a pessoa vem a sofrer, e pode surgir no âmbito familiar, profissional, negocial, jurídico, etc., gerando efeitos maléficos de ordem moral, material ou estético, por exemplo.³⁷

1.4 Excludentes de responsabilidade

Antes de se imputar a responsabilidade ao agente, faz-se necessário perquirir alguns elementos capazes de excluir essa responsabilidade, ou seja, elementos que isentam o agente de responder pelos danos causados à vítima.³⁸

1.4.1 Estado de necessidade

“Estado de necessidade próprio é a situação em que o sujeito viola um direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito seu”.³⁹

Ou seja, a diferença entre o estado de necessidade e a legítima defesa é que esta se refere a direitos da personalidade, enquanto aquele se refere ao patrimônio da pessoa.⁴⁰

Os requisitos para que se configure o estado de necessidade são: perigo atual e inevitável e razoabilidade do sacrifício do bem ameaçado. Assim, o bem jurídico deve estar em perigo e, dessa forma, o sujeito atua para evitar um mal (provocado pela força da natureza ou pela ação do homem) que possa ocorrer se ele nada fizer. Cabe ressaltar que aqui não se fala em perigo iminente, mas apenas

³⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

³⁷ PÁDUA, Antônio Leôncio Rezende. *Programa das indenizações: Danos morais, danos materiais, danos estéticos, pensionamento*. São Paulo: LTr, 2008, p.52.

³⁸ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300.

³⁹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

⁴⁰ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

em perigo atual, ou seja, perigo presente e imediato. Além disso, o perigo inevitável é aquele em que o agente não poderia, de outra forma, evitá-lo, ou seja, foi o único modo de afastar o perigo.⁴¹

Deve-se atentar para a razoabilidade, pois o agente não pode agir com excessos, de modo que o sacrifício do bem de outrem deve ser feito apenas da maneira suficiente para defender o patrimônio.⁴²

Por fim, quando a pessoa lesada não foi culpada pela causação do perigo, ela terá direito de ser indenizada pelos prejuízos sofridos.⁴³

1.4.2 Legítima defesa

“A legítima defesa é a repulsa a mal injusto, grave e atual ou iminente à vítima ou terceiro, bem como aos seus bens”.⁴⁴

Não deve-se achar que seja admitida a justiça com as próprias mãos, pois a legítima defesa ocorre em situações extremas, quando ocorre ou está prestes a ocorrer uma agressão que é injusta e contra si ou contra pessoas queridas ou bens. Ademais, deve-se agir com moderação.⁴⁵

A agressão que gera a legítima defesa precisa ser decorrente de uma ação humana, pois se fosse uma ação da natureza, por exemplo, trataria-se de estado de necessidade, e não legítima defesa.⁴⁶

Para que a resposta à agressão seja configurada como legítima defesa, essa agressão também precisa ser atual ou iminente, ou seja, precisa estar acontecendo ou estar prestes a acontecer. Assim, a reação precisa ser imediata ou logo após a agressão, pois, se demorar muito, fica desconfigurada a excludente de

⁴¹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

⁴² WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

⁴³ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

⁴⁴ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, vol. 4. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

⁴⁶ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

responsabilidade civil. Cabe ressaltar que, o simples temor de sofrer uma agressão não é suficiente para tornar legítima uma conduta repressiva à essa agressão.⁴⁷

Por fim, deve-se observar a moderação, ou seja, utilizar-se dos meios necessários para combater essa agressão e que causem o menor dano. Sendo assim, excedendo-se na legítima defesa, o ofendido responderá.⁴⁸

1.4.3 Estrito cumprimento do dever legal

“Estrito cumprimento do dever legal, por sua vez, é a observância de um dever jurídico anteriormente estabelecido por lei”.⁴⁹

Assim, deve-se agir nos conformes da lei, pois, havendo excessos, estará configurado abuso de poder ou de autoridade.⁵⁰

1.4.4 Exercício regular de direito

“Exercício regular de direito é o desenvolvimento de atividade humana em conformidade com o ordenamento jurídico”.⁵¹

Esse exercício só deixará de ser excludente de responsabilidade civil quando houver excesso, pois passará a ser abuso de direito.⁵²

Como exemplo, podemos citar o caso do médico que, durante uma cirurgia, precisa realizar um procedimento emergencial não previsto anteriormente, nem comunicado ao paciente, mas não será considerado como lesão corporal, já que se trata de exercício regular de direito.

1.4.5 Caso fortuito

⁴⁷ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

⁴⁸ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

⁴⁹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

⁵⁰ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

⁵¹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

⁵² WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

O caso fortuito é a excludente de responsabilidade gerada por forças da natureza, como incêndios, inundações, terremotos etc.⁵³

Essa excludente ocorre quando se trata de um evento que poderia ter sido evitado, se tivesse sido previsto. Ou seja, trabalha-se aqui com a imprevisibilidade, e não com a inevitabilidade.⁵⁴

“Como exemplo de tais situações, pode-se citar o caso do profissional médico que prescreve medicamento de uso corrente, e o resultado se mostra diferente do usual, podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista ou idiossincrasia (alergia, hipersensibilidade, choque anafilático, entre outras)”.⁵⁵

Ou seja, trata-se de algo imprevisível, por mais que o médico aja com a devida cautela.

Com relação à atividade médica, não se pode confundir as situações de caso fortuito com aquelas em que o médico age de forma negligente ou imprudente. Assim, deve-se analisar se o médico agiu com a devida diligência no exercício de suas funções.⁵⁶

1.4.6 Força maior

“Força maior é todo evento inevitável e, por vezes, imprevisível, que prejudica os interesses patrimoniais ou morais da vítima”.⁵⁷

A força maior, diferentemente do caso fortuito, é uma excludente de responsabilidade que decorre da ação humana, como guerras e revoluções, por exemplo.⁵⁸

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

⁵⁴ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

⁵⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 199.

⁵⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 199.

⁵⁷ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

Essa excludente ocorre quando se trata de um evento inevitável, apesar de se ter agido com diligência. Ou seja, trabalha-se aqui com a inevitabilidade.⁵⁹

1.4.7 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima é a excludente de responsabilidade que impede que haja o nexo causal, já que deixa de existir relação de causalidade entre o dano e o causador do dano.⁶⁰

Nessa excludente de responsabilidade, a ação da vítima absorve a ação do agente e, assim, o agente passa a ser mero instrumento na produção do dano.⁶¹

“Exemplificando: se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumprir as determinações, ou as faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou se uma atrofia, não poderão ser imputados ao facultativo”.⁶²

É inviável se atribuir a responsabilidade pelo mau resultado ao médico quando o paciente não se preocupou em seguir as orientações médicas.

Assim, com relação à atividade médica, a culpa exclusiva do paciente isenta o médico de qualquer responsabilidade pelo dano que o paciente sofreu.

1.4.8 Fato de terceiro

O terceiro é aquele que está fora da relação entre quem causou o dano e o lesado. Assim, a responsabilidade do causador do dano será excluída

⁵⁹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, vol. 4, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

⁶¹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: responsabilidade civil, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307.

⁶² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 200.

quando esse terceiro tiver dado causa ao evento, afastando, assim, o nexo de causalidade entre a vítima e o autor do dano.⁶³

Um exemplo seria o caso de um ciclista que morre ao cair da bicicleta por causa de um buraco deixado imprudentemente por uma empresa prestadora de serviços públicos na pista, e acaba sendo atropelado por um ônibus. Sua mulher não poderá ajuizar uma ação indenizatória em face da empresa de ônibus. Isso porque, apesar de o ônibus ter atropelado o homem, o verdadeiro causador do acidente foi a empresa responsável pelo buraco.⁶⁴

Na atividade médica, cabe ressaltar que esse terceiro que isenta o médico da responsabilidade não pode ser alguém de sua equipe, pois o médico é responsável pelos seus prepostos (enfermeiros, auxiliares, instrumentadores e outros).⁶⁵

⁶³ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

⁶⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

⁶⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 200-201.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico, com o decorrer do tempo, tem sido tratada de diferentes maneiras, a depender da época em análise. Sua responsabilidade surgiu quando seu papel na sociedade de curar os doentes deixou de ser algo divino. Ou seja, a partir do momento em que se passou a considerar a conduta do médico como algo que depende apenas da atuação desse profissional, e não de divindades, ele passou a ser responsabilizado quando fracassava.⁶⁶

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

No início da civilização, a medicina era uma técnica de cura artesanal e quando um médico curava um paciente, isso era visto como um dom divino, já que não se conhecia muito sobre o corpo humano como se conhece hoje. Assim, os médicos eram considerados sacerdotes inquestionáveis.⁶⁷

No entanto, quando um médico causava algum dano ao paciente, ele era punido, pois já se observava a imputação da responsabilidade civil.⁶⁸

A partir do século XVI, passou-se a exigir perícia médica em processos judiciais, de modo a avaliar o dano que o paciente sofreu, e estabelecer a responsabilidade do médico, para determinar qual a forma de reparação do dano.⁶⁹

O primeiro registro de responsabilidade civil surgiu no ano 2050 a.C. É a *Ley de Ur Nammu*, também conhecida como *Tábuas de Nippur*. Trata-se do ponto de partida para todos os demais códigos que surgiram na humanidade e foram sempre buscando a proporção entre a reparação e o dano sofrido.⁷⁰

Com relação ao erro médico, o primeiro registro que se teve foi o *Código de Hamurabi*, de 1750 a.C. Esse código é muito semelhante às *Tábuas de Nippur*. A reparação de danos físicos se basearia na Lei do Talião ou em meios de

⁶⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1a ed., 2a tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23.

⁶⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 1-2.

⁶⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 2.

⁶⁹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 1-2.

⁷⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 2.

reparação que dependeriam da condição social de quem sofreu o dano. Assim, havia três situações de indenizações, quais sejam: se um dano fosse causado a um homem livre, a reparação seguiria a Lei de Talião; se um dano fosse causado a um campestino, a reparação seria um valor ou uma quantidade de bens a ser determinado pelo juiz; se esse dano fosse causado a um escravo, haveria a fixação de um preço proporcional ao seu custo.⁷¹

Posteriormente, a Lei de Moisés (ano 1500 até 600 a.C.) tratou de forma específica da reparação de danos corporais, utilizando-se do procedimento da Lei de Talião. Nesse período, caso um médico não alcançasse o resultado esperado ou causasse danos ao paciente, recebia um castigo que seria superior ao valor que receberia pelo sucesso. Assim, se ele não conseguisse curar um homem livre, ao invés de receber dez moedas de prata, teria suas mãos cortadas. Já se fosse um escravo que ficasse sem condições de trabalho ou morresse, o médico precisaria entregar outro escravo para substituir aquele.⁷²

A responsabilidade civil dos dias atuais foi muito influenciada pelo Direito romano, onde se observou que a vingança privada não era a melhor forma de reparação de danos em uma sociedade, cabendo ao Estado o poder-dever de tutelar as relações interpessoais, de modo que ao Estado caberia fixar o modo de indenização por um dano causado a alguém.⁷³

Os romanos viram que a necessidade de haver regras de convivência para que houvesse harmonia na sociedade.⁷⁴

No ano de 451 a.C., em Roma, surgiu a sanção penal para os casos de lesões às pessoas, valorando-se o estado físico da vítima, a qualificação pessoal, os gastos médicos, a noção de incapacidade temporária, dentre outros elementos.⁷⁵

A medicina e o modo como ela era tratada no que diz respeito à responsabilidade civil evoluíram por todo o mundo.⁷⁶

⁷¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 2-4.

⁷² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 4.

⁷³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 6.

⁷⁴ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 7.

⁷⁵ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 8.

“A medicina se transformava cada vez mais em ciência, e na medida em que sua importância crescia, as atenções do Estado para ela se voltavam, cujo efeito era sentido através das diversas regulamentações que davam forma a sua natureza”.⁷⁷

Com essa evolução, o tratamento dado a responsabilidade médica também foi sofrendo alterações. Assim, para que se imputasse a culpa ao médico, deveria haver uma análise de outros profissionais da área. Dessa forma, só haveria a culpa se o médico tivesse descumprido as práticas e os procedimentos médicos comuns na época.⁷⁸

Na Idade Média, não houve evolução no que diz respeito ao dano corporal, pois nada novo foi criado, ou seja, não surgiram novas codificações. O que se teve de interessante foi a Lei Sálica, no século V, que determinava que danos físicos deveriam ser examinados por pessoas competentes, como ocorre hoje na perícia médica.⁷⁹

Na Espanha, em 1250, surge o Fórum de Castilla que estabeleceu o primeiro código espanhol tratando de indenizações de lesões.⁸⁰

Em 1532, a *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada pelo Imperador Carlos na chegada do Renascimento, reconheceu o médico como essencial nos assuntos jurídicos, fato que serviu de base para a medicina legal. Assim, no século XVI, Carlos Magno determinou uma espécie de perícia, de modo que seria necessário um médico para avaliar lesões.⁸¹

Já no século XIX, criou-se na Espanha algo que fez com que essa necessidade de médicos para valorarem danos corporais se estendesse para outros países: o *Cuerpo Nacional de Médicos Forenses*.⁸²

⁷⁶ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 9.

⁷⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 9.

⁷⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 10.

⁷⁹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 12.

⁸⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 12.

⁸¹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 13.

⁸² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 13.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, estabeleceu-se a indenização por dano moral como elemento constitucional e surgiu uma nova era de direitos no que diz respeito à responsabilidade civil.⁸³

2.2 RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica da atividade médica ser contratual ou extracontratual, obrigação de meio ou de resultado. O fato é que, atualmente, tal discussão não possui mais relevância, eis que a responsabilidade da atividade médica deve ser analisada de dois modos pelo Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal e responsabilidade da atividade médica gerada pela prestação de serviços de forma empresarial, como hospitais, laboratórios, clínicas etc.⁸⁴

“Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica”.⁸⁵

Assim, trata-se de um contrato *intuitu personae*, comutativo, bilateral, oneroso ou gratuito e aleatório. Além disso, por ser um contrato informal, cria-se o vínculo contratual quando ocorre a marcação de uma consulta, algum telefonema ou contato pessoal, dentre outros atos.⁸⁶

No entanto, apesar de o contrato entre médico e paciente ser um contrato informal, ele existe no plano da existência, no da validade e no da eficácia, exercendo seus regulares efeitos de negócio jurídico para eventual responsabilização do médico por erros. Ou seja, caso ocorra um erro médico, tratar-

⁸³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Direito médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 21.

⁸⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 384-385.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330.

⁸⁶ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 59.

se-á de um caso de inexecução da obrigação e, assim, gera a obrigação do médico de indenizar o paciente por perdas e danos.⁸⁷

2.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Necessária se faz a distinção entre obrigações de meio e de resultado para se classificar a atividade médica. Inicialmente, deve-se ter em mente que o objetivo em um contrato de resultado é atingir um fim, enquanto no contrato de meio, a característica principal é a melhor atuação possível do profissional para que se alcance o resultado esperado, e não o resultado em si.⁸⁸

Na medicina, quando o médico se compromete a curar um paciente, ele está, na verdade, se comprometendo a utilizar todos os meios possíveis e a se empenhar para alcançar o resultado esperado, utilizando as técnicas adequadas e possíveis para tanto.⁸⁹

“A distinção entre contrato de meio e contrato de fim resulta da exegese que a Justiça faz de cada fato, com vistas à prévia intenção das partes (expressas ou implícitas), ao analisar o dano decorrente ou o inadimplemento contratual”.⁹⁰

Dessa forma, analisa-se se o fim visado no contrato dependia apenas da conduta do contratado e, caso positivo, tem-se uma obrigação de resultado. Caso contrário, se o fim não dependia apenas da conduta do contratado, já que passível de sofrer interferência de fatores alheios, tem-se uma obrigação de meio. Assim, tendo em vista que na medicina podem haver, por exemplo, reações naturais do corpo, trata-se de obrigação de meio.⁹¹

Quando se trata de uma obrigação de meio, o ônus da prova cabe ao contratante, ou seja, caberia ao paciente provar que o médico causou o dano. Já no caso da obrigação de resultado, caberá ao contratado, ou seja, ao médico,

⁸⁷ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 59-60.

⁸⁸ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95.

⁸⁹ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99.

⁹⁰ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95.

⁹¹ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95.

comprovar que cumpriu sua obrigação ou deixou de cumprir por fatos alheios à sua atuação.⁹²

O paciente, para conseguir a responsabilização do médico, precisará provar que o mesmo agiu com culpa, ou seja, de forma negligente, imperita ou imprudente.⁹³ Nesse sentido, dispõe o artigo 951 do Código Civil:

“O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.⁹⁴

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, no mesmo sentido, dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.⁹⁵ No entanto, como o médico é um prestador de serviços e a sua responsabilidade, apesar de ser subjetiva, está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode inverter o ônus da prova em favor do consumidor, de acordo com o artigo 6º, inciso VIII desse Código. Isso se deve ao fato de que a prova da culpa do médico, quase sempre, é algo muito difícil para o paciente.⁹⁶

Ocorre que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor tratar dos profissionais liberais em um sentido amplo, existe uma peculiaridade no que diz respeito ao médico cirurgião plástico. Por prometer corrigir um defeito ou um problema estético, ele assume uma obrigação de resultado, diferentemente do médico de outra especialidade que tem por objetivo tratar o doente. Assim, caso o resultado da cirurgia não seja satisfatório, ou seja, caso o paciente fique com um aspecto pior do que antes, o médico terá obrigação de indenizá-lo pelas despesas efetuadas e pelos danos morais decorrentes do dano estético.⁹⁷

⁹² SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 94.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331.

⁹⁴ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

⁹⁵ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 outubro 2012.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 332.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338-339.

Poucos são os que discordam da atividade do cirurgião plástico como uma obrigação de resultado, sob a alegação de que são imprevisíveis as reações de cada organismo ao ser submetido a uma cirurgia e que toda intervenção cirúrgica apresenta riscos. Quem segue esse pensamento afirma que vários fatores influenciam no resultado de uma cirurgia plástica, como por exemplo, o comportamento do paciente durante o pós-operatório, e que o ramo da cirurgia plástica é como qualquer outro ramo da medicina e, por isso, não deveria receber tratamento diferenciado.⁹⁸

“Há especialidades que configuram, com absoluta certeza, a obrigação de meios ou obrigação de resultado. Outras há, todavia, nas quais esse enquadramento revela-se nebuloso, como é o caso da cirurgia plástica estética”.⁹⁹

O que se tem é que a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam tratar-se de obrigação de resultado, criando-se uma polêmica discussão. Para quem segue esse pensamento, uma pessoa saudável que procura um cirurgião plástico vai com a intenção de que ele alcance o resultado estético desejado, e não apenas que ele atue com cautela e utilize os procedimentos adequados para alcançar tal fim. Ou seja, se não fosse esperado um resultado específico, ninguém se submeteria a uma intervenção desse tipo para gastar dinheiro e se arriscar.¹⁰⁰

2.4 DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO

O fornecedor de serviços possui diversas obrigações e uma delas se relaciona diretamente com a atividade do médico. O fornecedor de serviços possui o dever de informação, e quando esse dever não é cumprido, o serviço pode se tornar defeituoso, em caso de não prestação de informações sobre um risco, ou viciado, que é quando não se fornece a informação sobre a utilização do serviço.¹⁰¹

Os deveres de informação do fornecedor de serviços têm por objetivo permitir que o consumidor faça a sua opção por consumir ou não o serviço:

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

⁹⁹ NETO, Miguel Kfour. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 195.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339-340.

¹⁰¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 165.

“(...) fortalecem o regime de responsabilidade do fornecedor na medida em que tornam obrigatória a divulgação de características sobre o produto ou serviço que auxiliarão significativamente na formação do conceito de expectativa razoável de segurança e prestabilidade”.¹⁰²

O consentimento consiste na autorização a determinada situação.¹⁰³

Sendo assim, em se tratando de atividade médica, o vício de consentimento pode gerar consequências mais graves que em outras atividades, pois podem ocorrer até mesmo lesões corporais. Dessa forma, o médico não pode intervir no organismo de um paciente sem que este tenha dado previamente seu consentimento.¹⁰⁴

O consentimento informado guarda estreita relação com o dever de informação do fornecedor de serviços, que no caso é o médico, pois se o paciente não possui informações suficientes para analisar a situação e mesmo assim consente, não se pode dizer que este consentimento foi válido, pois não houve garantia do direito de autodeterminação do paciente. O próprio nome “consentimento informado” já leva à presunção de um consentimento com base em uma informação prestada.¹⁰⁵

“A informação parte de um pressuposto inafastável: que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado”.¹⁰⁶

Existe grande discussão acerca do conteúdo desse dever de informação, pois será de acordo com esse dever de informação que será apurada a responsabilidade do médico por eventual dano causado ao seu paciente.

¹⁰² FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 166.

¹⁰³ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 281.

¹⁰⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 166.

¹⁰⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 168.

¹⁰⁶ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 289.

O artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor dispõe que é direito básico do consumidor ter acesso à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. No mesmo sentido, o artigo 31 do mesmo Código dispõe que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.¹⁰⁷

Aproximando o disposto nos referidos artigos ao campo de atuação do médico, infere-se que o paciente deve ser muito bem informado sobre os riscos de qualquer procedimento a que se submeta, bem como sobre diagnósticos, tratamentos etc. “Ora, para que possa tomar uma decisão livre o paciente deve conhecer o mal que o aflige (diagnóstico), as medidas terapêuticas disponíveis (tratamento), e o resultado que delas se pode esperar (prognóstico)”.¹⁰⁸

Apesar de ser necessário que o fornecedor informe o consumidor sobre todos os riscos, em se tratando da atividade médica, muitas vezes isso pode parecer inviável, pois nem sempre o corpo humano é previsível e isso faz com que não seja possível prever com precisão os riscos que envolvem determinado procedimento. Sendo assim, não é possível se exigir do médico a informação ao paciente de absolutamente todos os possíveis riscos de um procedimento.¹⁰⁹

“(...) o critério da expectativa razoável do consumidor é objetivo, ou seja, a segurança, a qualidade e a informação que podem ser esperados dos produtos e serviços, para se qualificarem como legítimas ou razoáveis, devem corresponder à expectativa do consumidor médio, abstrato, utilizado como padrão objetivo de comportamento. Em um primeiro momento, portanto, pode parecer

¹⁰⁷ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 outubro 2012.

¹⁰⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 170.

¹⁰⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 171.

que é este o padrão a ser utilizado na definição do dever de informação também do prestador de serviços de saúde”.¹¹⁰

Enquanto é impossível se obrigar o médico a prestar todas as informações ao paciente que vai ao seu consultório, existem casos nos quais aspectos individuais do paciente obrigam o médico a informá-lo mais detalhadamente. O que deve ser observada é a razoabilidade, já que em um primeiro momento o médico precisa prestar todas as informações que julgar necessárias, mas em se tratando de casos mais específicos, o médico pode precisar prestar mais informações.¹¹¹ “Um cantor profissional, por exemplo, tenderá a conferir importância a um risco, ainda que mínimo, de dano às suas cordas vocais, que o paciente médio talvez não considere tão relevante”.¹¹²

Em geral, o paciente é informado apenas sobre o que ele compreende, ou seja, sobre os riscos normais e previsíveis. No entanto, no caso de cirurgia plástica estética, por ser considerada uma intervenção desnecessária, o dever de informar o paciente deve ser mais amplo. Porém, muito se discute acerca dessa classificação como intervenção necessária ou não, já que para o paciente, se ele está se submetendo a um procedimento, ele provavelmente o considera necessário.¹¹³

Existem cinco casos de exceção do dever de informar o paciente: interesse público, situações de urgência ou emergência médica, paciente incapaz, paciente que abdica deste direito, e o “privilegio terapêutico”. Um exemplo de interesse público seria o caso de vacinação, pois se o paciente se recusa a tomar a vacina, o interesse público é o de não permitir que isso apresente um risco para a sociedade. No caso de urgência e de emergência temos como exemplo o paciente que sofre um acidente e é levado ao hospital para tentar salvar sua vida; nesse caso, o médico não precisa pedir o consentimento do paciente para, apenas posteriormente, iniciar os procedimentos. Se for caso de paciente incapaz, ele não terá como consentir, por razões óbvias, como no caso de um doente mental. Nesse

¹¹⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 172.

¹¹¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 172-173.

¹¹² FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 173.

¹¹³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 173.

caso, o médico deverá pedir o consentimento dos responsáveis. Caso o paciente não queira receber informações nem decidir sobre o procedimento médico, basta ele abdicar deste direito, e aí caberá ao médico deixar isso devidamente registrado. Por fim, temos o caso de privilégio terapêutico, que é quando o médico tem o direito de não prestar todas as informações ao seu paciente caso julgue ser perigoso para a saúde do paciente tomar conhecimento de tais informações.¹¹⁴ Nesse caso, se o médico achar que determinada informação seja inoportuna para o paciente, ele levará isso ao conhecimento de um familiar próximo do paciente, de modo a deixar claro para este o estado de saúde do doente.¹¹⁵

Não é fácil se pensar em prova do consentimento do paciente, haja visto que não é comum ser feito um contrato escrito entre médico e paciente, muito menos ter a presença de testemunhas, já que os encontros ocorrem, geralmente, apenas com paciente e médico. Para alguns, o consentimento do paciente deve sempre ser registrado pelo médico por escrito, mas para outros, tendo em vista a praticidade, deveria se levar em conta a confiança do relacionamento entre médico e paciente.¹¹⁶

Tendo em vista a impessoalidade das relações entre médico e paciente, fica difícil se falar em confiança. No entanto, ter que registrar tudo por escrito também parece ser difícil. Sendo assim, não se deve obrigar o médico a registrar esse consentimento do paciente de forma escrita todas as vezes. Deve-se analisar, caso a caso, de acordo com as probabilidades, se o médico obteve ou não esse consentimento. Dessa forma, nos casos em que houver maior risco ou que envolva consequências mais graves para o paciente, mostra-se razoável que se presuma que o médico não obteve o consentimento, caso ele não faça prova em contrário. Assim, se chega à conclusão de que é aconselhável que o médico

¹¹⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 177-178.

¹¹⁵ NETO, Miguel Kfourri. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 292.

¹¹⁶ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 178.

obtenha o consentimento de seu paciente por escrito quando se tratar de casos que envolvam maior risco.¹¹⁷

2.5 EQUIPE MÉDICA E HOSPITAL

Quando se trata de um procedimento cirúrgico, todos os integrantes da equipe médica são, da mesma forma, responsáveis por eventual erro médico. O que se tem é que, cabe ao médico, ou seja, ao líder da equipe, o dever de fiscalizar a atuação dos integrantes da equipe. Dessa forma, se algum desses integrantes não obedecer às instruções, sem que tenha como se fiscalizar sua atuação, ele responderá sozinho por eventuais danos.¹¹⁸

“O médico também responde pelos seus subordinados ou auxiliares, com vínculo de emprego ou sem ele (estudantes de Medicina, enfermeiros, funcionários etc.), se estes causarem danos aos pacientes. É a denominada culpa *in elegendo* (má escolha) ou culpa *in vigilando* (ausência de fiscalização)”.¹¹⁹

Com relação à legitimidade passiva de uma ação indenizatória movida por um paciente, existe grande divergência, pois é difícil se identificar o legitimado para figurar passivamente nessa demanda. Os hospitais, por exemplo, costumam afirmar que são ilegítimos para figurar na ação por tratar-se de uma relação apenas de locação ou de comodato, já que alugam ou cedem suas instalações para profissionais de fora de seu quadro de funcionários. No entanto, há quem entenda que o hospital tem o dever de zelar pelo correto procedimento cirúrgico.¹²⁰

Muitos profissionais da saúde estão presentes no momento de uma cirurgia: cirurgiões, enfermeiros, anestesista e talvez alguns a mais. Ocorre que, na

¹¹⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 179-180.

¹¹⁸ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 123.

¹¹⁹ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99.

¹²⁰ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218-220.

hora de se buscar um culpado, a tendência natural é que cada um atribua a culpa a outro, de forma a se livrar da acusação de ter causado o dano.¹²¹ Sendo assim:

“Se não for possível cindir-se a atuação de cada membro da equipe, individualizando-se a culpa, esta recairá sobre todos; se o ato do preposto decorrer de falha profissional imputável ao chefe da equipe, este responderá solidariamente – pois é inegável que o êxito (ou fracasso) da intervenção, depende, em maior parte, do cirurgião-chefe”.¹²²

Cabe aqui ressaltar que em caso de estudante de medicina atuando como estagiário ou aprendiz, a responsabilidade por eventual dano causado por ele será imputada ao médico.¹²³

“Quanto aos médicos empregados de hospitais, públicos ou privados, temos a solução do Código de Defesa do Consumidor, que coloca tal responsabilidade como objetiva, ou seja, sempre o hospital responderá, com fundamento no risco da atividade, podendo entrar com ação regressiva contra o médico. Na verdade, a responsabilidade dos médicos empregados conveniados ou funcionários poderia ser chamada de responsabilidade legal, pois vem diretamente da lei, e é a lei de ordem pública (Código de Defesa do Consumidor)”.¹²⁴

Assim, tem-se que a responsabilidade dos hospitais é objetiva, ou seja, para que ele seja responsabilizado, independe de prova de culpa.

Com relação aos médicos, como já foi dito, estes se submetem à responsabilidade subjetiva e, assim, caso sejam os responsáveis pelo dano a um paciente e tenham agido com culpa, o hospital poderá ajuizar ação de regresso em face do médico para se ver ressarcido por eventual indenização que tenha tido que pagar ao paciente.

¹²¹ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

¹²² NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹²³ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

2.6 ÔNUS DA PROVA

Necessário se faz o estudo do ônus da prova para se determinar em que situações este caberá ao paciente ou ao médico, quando houver alguma insatisfação com o resultado da atividade médica.

A responsabilidade do médico, como já foi dito, é subjetiva, ou seja, depende da prova de culpa. Assim, para que o paciente consiga responsabilizar o médico pelos danos sofridos, precisará provar que o mesmo agiu com imperícia, imprudência ou negligência.¹²⁵ Essa é a regra geral. É o que ocorre nos procedimentos cirúrgicos que não a cirurgia plástica estética, pois esta apresenta peculiaridades.

Quando se trata de cirurgia plástica estética, o caso costuma ser analisado de forma mais favorável ao paciente.¹²⁶ Isso porque, quando se trata de obrigação de resultado, o simples fato de o paciente não ter ficado satisfeito com o resultado da cirurgia plástica estética já é suficiente para se afirmar que o médico não alcançou o fim buscado.¹²⁷ Assim, não tendo sido alcançado o resultado esperado pelo paciente e prometido pelo médico, surge o direito do paciente de buscar indenização pelos danos sofridos em face do médico.

”Por isso, afirmam os Tribunais, quase em uníssono, que mesmo não provada a culpa (em qualquer das suas formas) do cirurgião plástico, basta o resultado insatisfatório para que se caracterize a obrigação de indenizar”.¹²⁸

Assim, tratando-se de cirurgia plástica estética, caberá ao médico o ônus da prova de que não cumpriu a obrigação por interferência de causa alheia à

¹²⁵ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 240.

¹²⁶ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

¹²⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1a ed., 2a tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 183.

¹²⁸ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

sua atividade, como caso fortuito, força maior, conduta da vítima e intervenção de terceiros.

No caso de obrigação de meio, como ocorre nos demais procedimentos cirúrgicos, o ônus da prova de que o médico não agiu corretamente caberia ao paciente.¹²⁹

¹²⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1a ed., 2a tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 183.

3. CIRURGIA PLÁSTICA

Há divergência doutrinária não apenas no que diz respeito a classificar a cirurgia plástica como obrigação de meio ou de resultado, mas também no que diz respeito a obrigação assumida pelo cirurgião plástico ao realizar uma cirurgia estética ou uma cirurgia reparadora. Para quem diferencia a obrigação nesses tipos de cirurgia, caso seja uma cirurgia estética, a obrigação é de resultado, e caso seja uma cirurgia reparadora, a obrigação é de meio.

“Convém, portanto, definir a cirurgia plástica como sendo: a subespecialidade do ramo da medicina de cirurgia geral que tem por finalidade modificar, reconstruir, reconstituir ou embelezar parte externa do corpo deformada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, reunindo o nobilíssimo ramo da medicina que trata de doenças por meio de cirurgia, com a beleza da arte de improvisar e criar”.¹³⁰

Fato que reforça essa distinção entre obrigação de meio e de resultado é o comprometimento do médico a alcançar determinado resultado. Assim, quando o médico se compromete a realizar a cirurgia para que o paciente fique com determinada aparência, tem-se uma obrigação de resultado. É isso que ocorre nas cirurgias estéticas.

3.1 CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA

A cirurgia plástica reparadora é aquela realizada para reconstruir ou sanar um defeito congênito.¹³¹ Assim, é uma modalidade de cirurgia mais bem vista pela maioria da sociedade, pois é considerada como algo necessário à saúde ou bem estar do paciente, de modo que não é considerada como algo supérfluo ou meramente com finalidade estética.

Nesse tipo de cirurgias, não há dúvidas sobre a natureza da obrigação: o contrato realizado entre médico e paciente representa uma obrigação

¹³⁰ MAGRINI, Rosana Jane. *Responsabilidade civil – médico – cirurgia plástica reparadora e estética*: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Síntese de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 118, set./out. 2001.

¹³¹ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 100.

de meio, e não de resultado, pois é como qualquer tratamento a que o paciente se submete.¹³²

3.2 CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

A cirurgia plástica estética é a realizada pela vaidade do paciente, e é esse tipo de cirurgia que gera controvérsias quanto ao tipo da obrigação do médico.¹³³

“A responsabilidade civil decorrente de cirurgia plástica estética – e sem imediata necessidade terapêutica – é, quase sempre, analisada de modo pouco favorável ao médico”.¹³⁴ Isso porque, muitas vezes, a cirurgia plástica estética, diferentemente da reparadora, é considerada como algo desnecessário à saúde do paciente.

Nesse ramo da medicina, aplicam-se os mesmos princípios dos demais, sendo que aqui deve-se levar em conta a peculiaridade de que os pacientes a serem operados encontram-se em perfeitas condições de saúde, e apenas querem modificar sua aparência.¹³⁵

“Na Doutrina e na Jurisprudência, há consenso de que não é compreensível alguém contratar uma cirurgia clinicamente desnecessária para melhorar sua aparência e, ao cabo da empreitada, deparar com um quadro de piora estética. Daí porque, nesta especialidade (cirurgia embelezadora), exige-se do médico o cumprimento dos deveres (inafastáveis) de alertamento prévio à exaustão, sobre os riscos possíveis e os improváveis, assim como obtenção do pleno consentimento do paciente, após a demonstração de tê-los compreendido”.¹³⁶

¹³² SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 100.

¹³³ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 100.

¹³⁴ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183.

¹³⁵ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183.

¹³⁶ SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103.

Por ser considerada como uma intervenção cirúrgica desnecessária, na França e na Itália, por exemplo, considerava-se responsável o médico por qualquer dano causado durante esse tipo de cirurgia, sendo, nesses casos, dispensável a comprovação de culpa do profissional.¹³⁷

No entanto, há que se pensar que quem se submete à uma cirurgia plástica nem sempre está totalmente saudável ou satisfazendo um simples capricho. Esses pacientes, geralmente, possuem necessidades de ordem psíquica, pois, às vezes, a insatisfação com a aparência física acaba causando patologias psicológicas.¹³⁸

Ocorre que, como todas as cirurgias, a estética também apresenta riscos para quem a ela se submete, inclusive o risco de morte, e quando ocorre algum problema ou complicação, a reprovação é maior do que se fosse uma cirurgia não estética, ou seja, para curar uma doença, por exemplo. No entanto, como em qualquer procedimento cirúrgico, o cirurgião plástico tem meios de demonstrar se o resultado não satisfatório decorreu de fatores imprevisíveis sobre os quais ele não tinha como ter conhecimento.¹³⁹

Para Rosana Jane Magrini (MAGRINI, 2001, p. 120), não existe razão para se distinguir cirurgia estética de cirurgia reparadora, visto que a cirurgia estética não significa que o paciente não sofra nenhuma patologia, já que muitos pacientes buscam uma cirurgia estética para resolver problemas que as afetam de tal forma que geram transtornos como depressão, complexos, dentre outros.

No entanto, temos opiniões divergentes:

“Se a cirurgia tiver por finalidade a reparação de graves defeitos – causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras, v.g –, é indubitosa a caracterização da obrigação de meios, como já afirmado”.¹⁴⁰

¹³⁷ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183.

¹³⁸ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 183.

¹³⁹ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

¹⁴⁰ NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 197.

Em sentido contrário, afirma Miguel Kfouri Neto que:

“Embora os estudiosos se inclinem a enquadrar a cirurgia plástica com finalidade preponderantemente estética no figurino das obrigações de meios, os tribunais ainda se mostram refratários à evolução doutrinária. Afirma-se, por exemplo, que, para outros médicos, o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza. Chega-se mesmo a reconhecer a existência de responsabilidade sem culpa – ou objetiva – do cirurgião plástico, o que é evidente equívoco”.¹⁴¹

3.3 DANO ESTÉTICO E DANO MORAL

Antes de tratar do dano estético, faz-se necessário conceituar o dano moral, visto que, o dano estético frequentemente gera danos morais.¹⁴²

Sabe-se que o dano, diminuição do patrimônio material ou moral, é essencial para a caracterização da responsabilidade civil, pois constitui um de seus pressupostos.¹⁴³

O dano moral é o dano que não tem reflexo patrimonial, ou seja, que não pode ser calculado matematicamente, avaliado financeiramente, já que não é passível de ser substituído por dinheiro. São lesões a direitos de personalidade.¹⁴⁴ “Enfim, é moral todo o dano financeiramente imensurável”.¹⁴⁵

Já o dano estético é aquele dano permanente à aparência física e às formas externas de uma pessoa e, por se tratar de um conceito relativo o de beleza, quando se analisar um dano estético deve-se levar em conta como a pessoa era e como ela ficou depois.¹⁴⁶ Esse dano precisa ser permanente, pois, caso contrário, seria apenas uma lesão estética passageira.¹⁴⁷ Ou seja, o dano estético

¹⁴¹ NETO, Miguel Kfouri. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 197.

¹⁴² LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 19.

¹⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 19-21

¹⁴⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua avaliação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7-9.

¹⁴⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua avaliação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8.

¹⁴⁶ NETO, Miguel Kfouri. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

¹⁴⁷ NETO, Miguel Kfouri. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

pode ser conceituado como qualquer alteração não passageira ou permanente na aparência exterior de alguém, tornando essa pessoa feia, causando humilhações e desgostos, fato que gerará dor moral.¹⁴⁸

Em diversos ramos da medicina podem ocorrer danos estéticos, como por exemplo, em procedimentos na pele, no caso de anestesia que vem a causar paraplegia, em caso de secção de nervos que acaba por alterar a fisionomia e, mais frequentemente, em cirurgias plásticas estéticas.¹⁴⁹

“O dano estético, como dano moral, representa uma ofensa a um direito da personalidade”.¹⁵⁰ Esse direito de personalidade é o direito à integridade física, um direito da pessoa sobre ela mesma.¹⁵¹

Dessa forma, quando o médico causa um dano estético a um paciente culposamente, surge o dever de repará-lo.¹⁵²

Cabe ressaltar que dano estético não é apenas aquele que deixa a vítima aleijada, mas também aquele que causa qualquer marca na aparência do paciente que o cause complexos, sofrimento ou seja motivo de exposição ao ridículo, por exemplo.¹⁵³

Sendo assim, o termo adequado para se utilizar aqui é compensação do dano, pois é um modo de atenuar a dor da vítima com um conforto,

¹⁴⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

¹⁴⁹ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

¹⁵⁰ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

¹⁵¹ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

¹⁵² NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

¹⁵³ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

e não indenização, pois esse termo refere-se à integralização do patrimônio de uma pessoa para recompor prejuízos sofridos, o que não é o caso.¹⁵⁴

Há quem entenda que o dano estético é uma espécie de dano moral e, sendo assim, não haveria a possibilidade de se condenar um médico por dano estético e dano moral, já que seria caso de *bis in idem*, pois se estaria indenizando em dobro o mesmo dano. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a cumulação de dano moral e dano estético, pois apesar de decorrerem do mesmo ato, possuem caráter diferente.¹⁵⁵

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça criou a súmula número 387, segundo a qual é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.¹⁵⁶

“[...] há lesões que acarretam, conjuntamente, prejuízos materiais e morais, como, por exemplo, a cicatriz no rosto de uma artista de cinema que pode não só diminuir, ou mesmo acabar com sua carreira, mas também ocasionar grandes sofrimentos e humilhação pela desfiguração sofrida”.¹⁵⁷

O dano estético é considerado como sendo um dano externo, um dano à aparência física da pessoa, ao passo que o dano moral é um dano interno, psicológico e emocional.¹⁵⁸

O argumento contrário ao da cumulação dos danos é o de que, ao fazer essa cumulação, se estaria punindo o ofensor por tantos quanto fossem os tipos de danos alegados pela vítima, e isso seria injusto para o profissional.¹⁵⁹

¹⁵⁴ NETO, Miguel Kfourir. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

¹⁵⁵ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0387.htm> Acesso em: 22 mai. 2013.

¹⁵⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

¹⁵⁸ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

Para os que defendem a cumulação dos danos, em relação às diversas modalidades, “nenhuma se identifica com o dano estético, único a atingir a aparência exterior, a formosura, o conceito do belo – expressivo por si só, que independe de palavras ou sentimentos”.¹⁶⁰

“[...] há lesões que acarretam, conjuntamente, prejuízos materiais e morais, como, por exemplo, a cicatriz no rosto de uma artista de cinema que pode não só diminuir, ou mesmo acabar com sua carreira, mas também ocasionar grandes sofrimentos e humilhação pela desfiguração sofrida”.¹⁶¹

3.4 VALORAÇÃO DO DANO ESTÉTICO

Um grande problema do dano estético, assim como acontece com o dano moral, é a dificuldade de se calcular o valor para a indenização, pois o dano estético é um dano extrapatrimonial.¹⁶²

“Inexiste método prático que preveja matematicamente a mensuração do dano estético. O juiz deverá guiar-se, sempre, por critério de razoabilidade, de tal forma que a indenização, cumprindo sua finalidade de compensar o dano, não tenha por escopo acarretar o enriquecimento da vítima.”¹⁶³

Assim, a indenização pelo dano estético não pode deixar de ser feita apenas por essa dificuldade de valoração, pois o que se busca é reparar o dano sofrido injustamente. “Em suma, o respeito à pessoa e aos seus direitos, em seu mais lato sentido, deve ser mantido, haja a dificuldade que houver”.¹⁶⁴

¹⁵⁹ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 272.

¹⁶⁰ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 273.

¹⁶¹ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

¹⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

¹⁶³ NETO, Miguel Kfourir. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 278.

¹⁶⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 98-99.

Quando se fala em reparação do dano, deve-se levar em conta dois fatores: o que se considera devido (*an debeat*) e o montante da indenização (*quantum debeat*).¹⁶⁵

No caso de uma cicatriz no rosto de um ator, seria fácil calcular os lucros cessantes caso ele perdesse trabalhos por conta desse dano sofrido. Ocorre que, os problemas decorrentes desta cicatriz não são apenas esses danos matematicamente calculáveis. O sofrimento emocional e a humilhação sentidos por ele, não são tão simples de serem mensurados, já que não são matematicamente calculados.¹⁶⁶

Deve-se ter em mente que essa indenização pelo dano estético não se trata de uma fixação de preço pela dor, mas sim de uma tentativa de minimizar o sofrimento da vítima, dando-lhe dinheiro pela lesão que injustamente sofreu, já que um dano estético é algo que pode trazer muito sofrimento para a vítima e precisa, assim, ser devidamente reparado, na medida do possível.¹⁶⁷

A pergunta que se faz é: como determinar a extensão do dano para fixar uma indenização proporcional? Como seria possível, para o juiz, fixar um valor para um dano que é algo tão subjetivo? Em outras palavras, como poderia o juiz fixar um valor para o sofrimento emocional de um paciente que sofreu um dano estético?

“Não só a beleza é subjetiva, mas também a ideia que se faz do ideal de beleza é extremamente variável para cada ser, e isto tem, necessariamente, de ser levado em conta, tanto pelo médico, quanto pelo juiz”.¹⁶⁸

Na fixação do montante da reparação por dano estético, é o arbítrio do juiz, por meio de seu poder discricionário que definirá uma reparação

¹⁶⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 99.

¹⁶⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 100.

¹⁶⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 100.

¹⁶⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1a ed., 2a tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 47.

proporcional e adequada, sem causar enriquecimento injusto à vítima, nem o contrário, que seria fixar uma indenização injusta à vítima.¹⁶⁹

¹⁶⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 103-105.

4. ESTUDO DE CASO –

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é válido comentar o seguinte caso em que houve uma discussão acerca de considerar ou não a cirurgia plástica estética como obrigação de meio ou de resultado.

“CIVIL E PROCESSUAL - **CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO** (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I - Contratada a realização da **cirurgia estética** embelezadora, o cirurgião assume **obrigação de resultado** (Responsabilidade contractual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II - Cabível a inversão do ônus da prova.

III - Recurso conhecido e provido”.¹⁷⁰

Trata-se de agravo à decisão que indeferiu o pedido da agravante de inversão do ônus da prova em uma ação movida em face do médico que não alcançou o resultado esperado pela paciente em uma cirurgia plástica estética.

A agravante pediu a inversão do ônus da prova com fundamento no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, alegando ser pessoa do povo, ou seja, sem conhecimentos técnicos para que conseguisse proceder à produção de provas. Assim, ela entendeu que seria prejudicada caso o juiz indeferisse a inversão do ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos direitos do consumidor, trata da inversão do ônus da prova, dispondo o seguinte:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

(...)”¹⁷¹

¹⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 81101/PR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 31/05/1999 p. 140. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 24 de set. de 2013.

¹⁷¹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 outubro 2012.

O pedido foi negado sob o fundamento de que a obrigação do médico é uma obrigação de meio, e não de resultado e, assim, não caberia a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, a obrigação do médico, em geral, realmente é de meio, e não de resultado, não possuindo, assim, o dever de curar o paciente, mas apenas de utilizar-se de todos os meios adequados e de diligência para alcançar o fim desejado.

No caso em tela, temos uma obrigação que decorreu de um contrato e, assim, foi prometido um resultado específico com a cirurgia plástica estética. Ou seja, trata-se de uma obrigação de resultado em que o médico se comprometeu a entregar um resultado específico à paciente.

Dessa forma, o médico é obrigado a indenizar o paciente quando não alcança o resultado esperado por ele, a não ser que prove ser caso de excludente de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro etc).

O voto do eminente Ministro Waldemar Zveiter proveu o recurso sob o fundamento de ser a cirurgia estética uma obrigação de resultado e, assim, há responsabilidade contratual ou objetiva.

Já o Ministro Carlos Alberto Menezes se manifestou contrário à classificação da cirurgia plástica estética como obrigação de resultado pelo simples comprometimento do médico a alcançar um determinado resultado. Afirma ainda que não se pode diferenciar esse tipo de cirurgia das demais, pois na medicina, em geral, o médico se compromete a agir da melhor maneira de modo a tentar alcançar o resultado esperado pelo paciente, não podendo assim, garantir um resultado futuro, já que não se trata de uma ciência exata.

No entanto, apesar da divergência entre os Ministros, foi dado provimento ao recurso sob o fundamento de tratar-se de obrigação de resultado, considerando-se que, se a cirurgia plástica estética fosse tida como obrigação de meio em nosso país, isso acabaria fazendo com que os cirurgiões não se

empenhassem na busca pelo melhor resultado, ou seja, pelo resultado que havia sido prometido ao paciente.

CONCLUSÃO

Por intermédio deste trabalho, buscou-se realizar uma análise da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em cirurgias plásticas estéticas à luz de um estudo sobre a divergência em se considerar a obrigação do médico como de meios ou de resultado.

Procurou-se fazer um apanhado geral de responsabilidade civil, abordando, inclusive, a evolução histórica da responsabilidade civil do médico, seus pressupostos, excludentes e classificações.

Apresentou-se, também, o dever de informação do médico, a relação entre médico e paciente e responsabilidade da equipe média e do hospital.

Explicou-se a diferença entre cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora e a existência de divergência doutrinária acerca da existência dessa diferença. A cirurgia plástica reparadora é a realizada para reconstituir ou sanar um defeito congênito, ao passo que a cirurgia plástica estética é aquela realizada pela vaidade do paciente. Assim, tem-se que, tratando-se de cirurgia plástica reparadora, a obrigação do médico é de meio, enquanto no caso da cirurgia plástica estética a obrigação é de resultado.

Constatou-se, com efeito, que caso seja considerada como de resultado a obrigação do médico cirurgião plástico ao realizar uma cirurgia estética, se o paciente não se sentir satisfeito o resultado por achar que o resultado foi diverso do pretendido, poderá demandar indenização em face do médico. Além disso, no caso da cirurgia plástica estética, cabe ao médico o ônus da prova de que apenas não cumpriu a obrigação por alguma causa alheia à sua atividade, como caso fortuito, força maior, conduta da vítima ou intervenção de terceiros, por exemplo.

Por fim, foi feito um estudo de caso envolvendo a relação entre o médico cirurgião plástico e um paciente insatisfeito com o resultado da cirurgia plástica estética, demonstrando que o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de considerar como de resultado a obrigação assumida pelo

médico cirurgião plástico, já que ele se compromete a alcançar determinado resultado.

Por todo o exposto, parece ser inconcebível considerar a obrigação do médico cirurgião plástico como de meio, pois isso acabaria fazendo com que os médicos não se dedicassem o suficiente para buscar o melhor resultado, ou seja, o resultado prometido ao paciente que, por mera vaidade, submete-se à uma cirurgia e acaba ficando com uma aparência pior do que a anterior. Além disso, deve-se garantir proteção ao paciente, que é hipossuficiente na relação em análise, e precisa ter garantidos os seus direitos, inclusive o de demandar em face do médico por indenização a eventuais danos sofridos, sejam eles materiais, morais ou estéticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua avaliação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 outubro 2012.

BRASIL. *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm> Acesso em: 22 mai. 2013.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica: As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROSSI, Vicente. *Uma visão jurídica do profissional liberal médico nas relações consumeristas*. *Juris Poiesis*: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 501-525, jul. 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAGRINI, Rosana Jane. *Responsabilidade civil – médico – cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião*. *Revista Síntese de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 13, p. 117-140, set./out. 2001.

NETO, Miguel Kfourir. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PÁDUA, Antônio Leôncio Rezende. *Programa das indenizações: Danos morais, danos materiais, danos estéticos, pensionamento*. São Paulo: LTr, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética – comentários, referencias ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. São Paulo: Servanda Editora, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 81101/PR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 31/05/1999 p. 140. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 24 de set. de 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.